Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA

De

RESERVATIONE HYPOTHECÆ A VEN-
ITORE FACTA IN SECU-
RITATEM PRETII RESIDUI,

57

... TORIO EMANUELE

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. FRIDERICO WILHELMO,

REGNI BORUSSICI ELECTORATUS ET PRO-
VINCIARUM BRANDENBURG. HÆREDE, &c. &c.

IN REGIA ACADEMIA FRIDERICIANA

AUTORITATE ILLUSTRIS JCTORUM ORDINIS

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO OTTONE MYLIO, J.V.D.

D. Januarii Anno M. DCCIV.

Eruditorum Examini

ſubjiciet

THEODORUS HENRICUS Sachſenſche

Luna Weſtph.

H. L. Q. C.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

Typis JOHANN. GRUNERI, Acad. Typogr. 1704.

Digitized by Google

Digitized by Google

§. I.

Neceſſitas cautelarum in venditione rerum.

NAtura commerciorum, alienationis neceſſitas, & venditoris utilitas haud ſemper concedunt eligere emtorem, qui paratam ſolvit pecuniam, ſed fidem habere ſæpius eſt neceſſum. Cum autem emtor, cujus vires ignoramus, interdum ſpeciem viri boni, ejusque qui ſolven- eſſe dicitur, habeat, quam de ſe ſuaque fide præcon- tam opinionem lingua ad fallendum inſtructa firma- didicit; interdum tempore contractus equidem bo- abundet, ſed adverſa poſtea fortuna, vel ſua culpa, ui prior fuit, eſſe deſinat: Hinc omni ſibi modo ven- or proſpicere debet, ne defraudetur, ac in concurſu ditorum ab aliis, qui potius jus habent, excludatur, & ſuam venditionem in gratuitum contractum mutare eatur.

§. II.

Utilis eſt reſervatio hypothecæ.

Leges æque ac Dd, hîc varias ſuppeditant caute- *v. l. 16. ff. de peric. rei vend. l. 20. ff. de precario.* conf. *Illuſtr. minus STRYKIUS de Caut. Contr.* ex quibus non negli- nda eſt reſervatio hypothecæ in re vendita, donec pre-

 tium

tium erit ſolutum, cujus naturam ſequentes theſes exhibebunt.

§. III.

uod reſer-tio?

Equidem reſervatio aliàs dicitur, de novo nil juris tribuere, ſed jus reſervatum præſupponere: *v. BARBOSÆ Axiom. ſub vocabulo* Reſervatio. *ax. 1. & 2. MEVIUS. P. VIII. dec. 62. n. 2.* & hinc videtur, quod venditor non poſſit ſibi reſervare hypothecam, quam in re propria nemo habet *per l. 29. ff. de pign. act. l. 45. ff. de R. J.* Verùm quia reſervatio noſtra reſpicit futuram rei qualitatem, ubi aliena fiet, & ita quaſi conditionem transferendi dominii continet, atque ab ipſa lege hoc vocabulum in noſtro caſu approbatum reperitur *vid. ORD. Proc. Magd. cap. XLIX. claſſ. 1. §. 2.* illud retinendum erit, & denotat retentionem ſ. exceptionem cujusdam juris, ac limitationem ſ. conditionem venditionis: Germ. Verkäuffer bedinget ſich die hypothec an den verkaufften Hauſe biß zu Abtrag des Kauff-Gelds.

§. IV.

uid hypo-eca?

Quid ſub hypotheca intelligamus, cuivis patebit, ſc. jus in re creditori in ſecuritatem debiti conſtitutum. conf. *GOEDDEUS ad l. 238. §. 2. ff. de V. S. & Dd. ad tit. ff. de Pign. & Hyp.*

§. V.

plicatio hematis.

Ne autem de quavis hypothecæ reſervatione venditioni adjecta accipiatur noſtra diſſertatio, adjecimus verba: *in re vendita donec pretium erit ſolutũ, ſ. in ſecuritatem pretii reſidui.* Quo ipſo excludimus caſus, ubi venditor ſtipulatur hypothecam, vel generalem in omnibus bonis emtoris pro pretio *vid. BERLICH. P. 1. concl. 64. n. 37. & ibi alleg.* vel in re vendita ſpecialem in favorem tertii, ſcilicet ſui creditoris, vel ejus cui emtor debet. Quamvis enim hoc ultimum pactum in præ-

Digitized by Google

præjudicium creditorum anteriorem generalem hypothecam in emtoris bonis habentium, valere quidam negent, exinde quod emtor non poſſit recedere à pacto, quo omnia bona adhuc acquirenda obligavit, nec in fraudem hypothecæ anterioris jus acquirendum repudiare *a. l. 45. pr. ff. de Jure fiſci*: Nihilominus recte aſſeritur contrarium, quod enim in d. l. diſponitur, illud agit de fraude debitoris, quæ huic pacto per ſe non ineſt, nec competit jus aliquod emtori, quo abſolutam rei translationem à venditore exigere poſſit, ſi hic aliter contrahere nolit. Et ex contractu modificativo, uti loquitur *MERLINUS in Tr. de Pign. & hyp. L. IV. qv. 23.* non niſi modificativum jus acquiritur tam emtori quam ipſius creditoribus. *Conf. NEGUSANTIUS de Pign. & hyp. P. IV. n. 34.* Intelligimus ergo h. l. *conventionem inter venditorem & emtorem initam, ut tamdiu res vendita venditori ſit oppignorata, donec pretium erit ſolutum.*

§. VI.

Hanc etenim reſervationem cuilibet emtioni venditioni non ineſſe, nec à legibus tacitam venditori hypothecam regulariter tribui, conſtat. *vid. l. 16. ff. de in rem verſo l. 1. & 2. ff. de rebus eorum qui ſub tut. ORD. PROC. MAGD. d. §. 2. & SAX.* tit. XLIX. §. Jngleichen *COVARRUV. L. 1. Var. reſ. c. 7. n. 2. PINELLUS ad l. 1. C. de bon. mat. P. 3. n. 55. NEGUS. c. l. n. 35. CHRISTIN. Vol. 1. Dec. 159.* quia ceſſante lege tacita quoque hypotheca ceſſat *vid. Illuſtr. Dn. STRYKIUS de J. A. F. Sect. II. m. 5. §. 2.* quamvis *MERLINUS ad d. Tr. Dec. 72.* dicat, quod venditio habeat reſervationem hypothecæ in ventre. Nec defendi poteſt opinio *LAUTERBACHII* quando *in Tit. ff. de Privil. Cred. p. m. 587.* ait: *quo venditor in re vendita ſibi* tacitam *hypothecam* reſervavit. Potius hæc reſervatio in conſenſu

Reſervatio hypothecæ venditioni non ineſt, niſi ex pacto.

Digitized by Google

Exceptio in ruſtico. contrahentium conſiſtit; exceptionem tamen facit in ruſtico *ORD. PROC. MAGD. d. l.* §. *5. j. ORD. Pol. Magd. c. 29.* §. *3.* ſine dubio propter ſimplicitatem ruſticorum, ob quam multum in jure habent favorem *vid. l. 2. ff. ſi quis in jus voc. l. 7.* §. *4. ff. de Juriſdictione.* Idem in Saxonia obſervari dicit *RAUCHB. L. 1. qv. 6. n. 7. MOLLERUS ad P. 1. Conſt. 28. n. 31. BERLICH. P. I. concl. 64. RICHTER. de Privil. Cred. Cap. II. m. 1. n. 45.* contrarium vero ſtatuit *CARPZ. ad P. II. C. 23. def. 19.* Et dum ab utraque parte ad judicata provocatur, perpetua ac univerſalis obſervantia non erit, ſed res eo recidit, ut allegans eam probare teneatur, cum tacita hypotheca non competat niſi ex lege vel conſuetudine, hæc autem facti eſſe dicatur.

§. VII.

Qualis conſenſus ſit neceſſarius? Sicuti vero contractus emtionis venditionis non eſt perfectus, niſi poſtquam uterque conſenſerit, quamvis non uno tempore conſenſus exprimatur; ita quoque in hac reſervatione emtoris æque ac venditoris conſenſus eſt neceſſarius, ab utraque parte utcunque declaratus, non tamen ſimultaneus. Aſt quæritur num inſtrumento emtionis inſerta reſervatio hypothecæ conſenſu contrahentium appoſita præſumatur? Et videtur omnino quod ſic, maxime quando ſubſcriptio *Caſus ſpecialis.* acceſſit *v. l. 26. §. 1. ff. de pign.* Magis dubium eſt, ſi emtor æque ac venditor conſenſum de re pro certo pretio tradenda expreſſerint, ita ut contractus ſit perfectus, probationis gratia autem *v. l. 4. ff. de pign.* Notarium vel alium rogaverint, ut inſtrumentum emtionis conficiat in optima juris forma, vel, er ſoll den Kauff auff das ſchärffeſte einrichten / nulla mentione facta reſervandæ hypothecæ, & ſubſecuta poſtea traditione inſtrumentum à Notario confectum, reſervationemque hypothecæ con-

Digitized by Google

continens, ab utroque contrahentium tandem ſubſcribatur, & ponamus, emtorem jam ante perfectum emtionem generaliter omnia ſua bona futura aliis oppignoraſſe, num hi exiſtente concurſu creditorum emtoris poſtponendi erunt venditori? Negamus, eo ipſo enim, quod contrahentes à Notario deſideraverint confectionem inſtrumenti, non mox ſe obligarunt, ut omnia, quæ ſcribet, agnoſcere velint, & ita emtor hypothecam nondum conſtituit, nec ratihabitio ſubſecuta, uti alias *l. 16. ff. de pign. & hyp.* hoc loco in tertii præjudicium retro valebit; dum autem res emta pure in dominium emtoris tranſiit, creditores ejus mox jus habent quæſitum, quod rem afficit. A tempore ſubſcriptionis tamen jus hypothecæ venditor habebit. Conf. *NEGUS. c. l. n. 40. BRUNNEM. ad l. 16. ff. de pign. n. 3.*

§. VIII.

Ipſos paciſcentes quod attinet, quilibet venditor ſibi recte reſervat hypothecam, etiam is qui alieno nomine vendit, nec ſpeciali mandato ad reſervandum inſtructus eſt, *a. l. 2. C. per quas perſ.* Conf. *SCHILTERUS ad ff. Exerc. XXXIII. ubi præjudicium*: quod creditor conſentientibus concreditoribus domum debitoris vendens in utilitatem omnium creditorum valide reſervaverit hypothecam. Eodem modo ab omni emtore, etiam à procuratore, cujus mandato ad emendum dato poteſtas conſentiendi in hypothecam ſpecialiter non inſerta eſt, *a. l. 58. ff. d. procurat.* valide regulariter oppignoratur res emta donec pretium ſit ſolutum. Et quamvis jure Civili in minore, juxta *l. 1. & 2. ff. de rebus eorum* imperiali reſcripto opus ſit, excepto caſu, ſi ille cum fiſco contrahat. *d. l. 2.* hoc tamen ad alium emtorem nullo modo erit extendendum. Maxime quia non tam

Quis poſſet reſervare

Num omnis emtor oppignorare,

Num minor?

in

in promiſſione emtoris & ejus obligatione, quam in conditione ac modo, ſub quo contractus celebratus eſt, nec non in onere à venditore ante traditionem dominii rei venditæ impoſito fundamentum æquitatis, quæ venditorem aliis præferri jubet, quærendum eſt: modo emtio venditio alio vitio non laboret.

§. IX.

Contractus præſupponitur validus.

Siquidem tam reſpectu perſonarum contrahentium, quam quoad rem venditam ſemper validum præſupponimus contractum; hoc enim ſublato, hypotheca quoque evaneſcit, quæ ſine obligatione non contrahitur *a. l. 4. ff. de pign. & l. 16. pr. ff. d. fide* Regula alias à Dd. traditur, quod omnia quæ in bonis oppignorantis ſunt & vendi poſſunt, oppignorari queant per *l. 9. §. 1. ff. de pign. l. 4. ff. quæ res pign. vel. hyp.* & quæ in bonis non ſunt, nec oppignari poſſint *l. 6. C. ſi res aliena. l. 6. C. quæ res pign. obl.* Conf. *DONELLUS de Pign. & Hyp. C. 8. pr.* Et ita de noſtra reſervatione hypothecæ dicere licebit, quod in omni venditione apponi poſſit, ſive res vendenda ſit mobilis vid. *RICHTER. d. Privil. Cred. c. II. m. 1. n. 40. ubi præjud.* ſive immobilis, allodialis vel feudalis, *conf. ORD. Proc. Magd. d. l.* §. 3. etiam in rebus utenſilibus, quas maritus emit hoc pacto, ut donec pro iis pretium ſolveretur, ſint oppignoratæ *Conf. RAUCHB. Lib. I. qv. 6. n. 47.* Diſſent. *HARTM. PISTOR. L. I. qv. 31. n. 33.* Non tamen uno ſed diverſo modo.

In quibusnam rebus & venditionibus obtineat reſervatio hæc

§. X.

De emtore ante inveſtituram judicialem rem alteri vendente.

Sæpius contingit in Saxonia, ubi dominium rerum immobilium non niſi accedente reſignatione dominii & ſubſequente inveſtitura judiciali transfertur *Lr. L. I. art. 34. ſum. 2. & Dec. Elect. 61.* ut primus emtor non dum acquiſito dominio rem iterum vendat. Quodſi igitur

finga-

fingamus, Cajum emiſſe rem à Marcello, & antequam de ea inveſtitus fuit, eandem Titio cum reſervatione hypothecæ vendidiſſe.

§. XI.

Inveſtiturâ adhuc ſecutâ antequam lis oritur, validam eſſe iſtam reſervationem, nullum dubium eſt, quia etiam aliena res oppignorari poteſt ſub conditione, *ſi ſua erit*, vid. *l. 16. §. 7. ff. de pign. & hyp.* & rei alienæ oppignoratio convaleſcit, ſi poſtea dominus factus *vid. l. 41. ff. de pign. act. l. 22. ff. de pign. l. 5. C. ſi res aliena.* maxime ſi res tempore oppignorationis oppignoranti fuit debita *l. 1. ff. de pign. & hyp.* Accedit quod ante traditionem & judicialem reſignationem fieri debeat reſervatio, prout infra docebitur. Sed ponamus hanc quæſtionem eſſe nondum ſubſecuta inveſtitura & translatione dominii: Itidem valebit hypotheca, & Titius actione hypothecaria conveniri poterit, *conf. BALD. in l. 3. C. de R. V.* id quod etiam locum habet, contra Sempronium ad quem poſtea pretio nondum ſoluto poſſeſſio pervenit: huic enim firmius & potius jus non competit, quam quod à Titio habet, apud quem res fuit cum onere hypothecæ Cajo ex reſervatione competentis. Sicuti ergo is, qui infirmiori jure poſſidet, actione Publiciana tenetur, ita quoque Sempronium actione hypothecaria teneri fas eſt, & dum Titius juſto titulo & bona fide rem habuit, ea in ejus bonis fuit *conf. l. 52. ff. de A. R. D.* per conſequens eam oppignorare potuit *jx. l. 1. ff. de pign.* Nec non Sempronii creditores, quibus ejus bona etiam futura, antequam rem iſtam à Titio accepit, generali hypotheca fuêre obligata, in concurſu cum Cajo huic erunt poſt-

Affirmatur ſive inveſtitura ſit ſecuta.

ſive non

Tam quoad emtorem quam tertium poſſeſſorem

& emtoris creditores,

po-

Digitized by Google

ponendi, eorum enim hypotheca rem à Titio quæſitam aliter & magis afficere non potuit, quam quatenus in bonis Sempronii fuit, fuit autem jure pignoris onerata.

§. XII.

An reſervatio extra judicialis valeat? de jure Civili quoad allodialia

Ex his jam aliquatenus patebit, quid ſentiendum de iſta controverſia: Num reſervatio hypothecæ à venditore facta ſine conſenſu judicis valeat? Bona allodialia, nam de feudis infra dicendum eſt, jure Civili indiſtincte ſive ſint mobilia ſive immobilia ſine conſenſu judicis valide oppignorantur, nam nuda conventione hypotheca contrahitur *l. 4. ff. de pign. & hyp.* Ergo etiam in hac noſtra reſervatione judiciali conſenſu non opus eſt; Et quamvis juxta LL. Romanas publica hypotheca privatæ præferatur *l. 11. C. qui pot. in pign.* attamen venditor privatim ſibi reſervans hypothecam, quoad pretium reſiduum, omnibus emtoris creditoribus hypothecariis, etiamſi inſtrumentis publice confectis nitantur, erit præponendus, qnia in noſtro caſu jus prælationis maxime eô nititur, quod cum onere pignoris ad emtorem tranſierit, & ad ſatisfactionem, ſine qua dominium non tranſit, pertineat *v. l. 2. ff. de rebus eorum, l. 5. §. 18. ff. de tributoria. act.*

etiam ratione prælationis

§. XIII.

Jus Saxonicum judicialem requirit oppignorationem immobilium.

E contrario Jus Saxonicum, non minus Provinciale quam Electorale, inter mobiles & immobiles diſtinguendo, in illis nullam ſolennitatem judicialem, in his autem magiſtratus autoritatem deſiderat, tam quoad cauſandam actionem hypothecariam, quam quoad privilegium prælationis, ut dicit CARPZ. *ad P. 2. C. 23. def. 1. ſ.* Er. *Lib. I. art. 8.* MOLLER. *ad d. C.* qui provoca-

vocat ad antiquam obſervantiem. *v. poſt.* Weichbild *ſub rubr.* Gemeine tägl. Urtheil *Tit.* Verpfändung der Güter durch ſchlechte Handſchrifft *add. ORD. Proc. Magd. antiquam de anno 1652. tit. 50. n.* §. Weil denn nach Sachſen-Recht. *RAUCHB. l. 1. qv. 6. n. 14. j. Dec. Elect. 60.* Exinde igitur gravis, uti eam appellat *BERLICH. P. 2. Concl. 29. n. 56.* orta eſt controverſia, num in Saxonia ad noſtram quoque reſervationem quoad immobilia conſenſus judicis requiratur? Eadem quæſtio erit de Jure Magdeburgico. *a. ORD. Proc. Magd. de anno 1686. Cap. XLIX. claſſ. 3. §. 46.* Et quia pro affirmativa æque ac negativa multæ afferuntur rationes, eas excerptas & in unum collectas hîc ſubjicere liceat. *Num idem h. l. dicendum.*

§. XIV

Quo magis autem ſtatus controverſiæ appareat, præmonendum eſt, in eo omnes conſentire, quod nominata, ſpecifica, & verbis expreſſa approbatio reſervatæ hypothecæ non ſit neceſſaria, ſed ſufficiat inſtrumentum emtionis, cui hæc reſervatio inſerta, ſigillo aut ſubſcriptione judicis eſſe confirmatum vel libro judiciali ſ. actis publicis traditum. *Vid. BERLICH. c. l. MOLLERUS c. l. & L. 1. Sem. c. 4. CARPZ. ad d. Conſt. 23. Def. 16.* Nec de eo lis eſt, quando traditio judicialis nondum ſecuta, tunc enim penes venditorem adhuc eſt dominium & exinde fruitur jure prælationis *MARTIN. ad Ord. Proc. Sax. tit. 42. §. 3. n. 2.* imo hypothecam adhuc reſervare poteſt. Verùm ponendus eſt talis caſus, ubi contractu extrajudicialiter celebrato & hypothecâ reſervatâ, poſtea vel nullo emtionis documento oblato, vel in eo ab Advocato omiſſâ iſtâ clauſulâ, venditor in judicio rem emtori tradidit & dominium reſignavit, ita ut judici, dum in alienationem & *Status controverſiæ.*

Digitized by Google

traditionem conſenſit, de hac reſervatione facta non conſtiterit.

§. XV.

Rationes pro affirmativa Ii, qui conſenſum judicis neceſſarium eſſe ſtatuunt, deducunt Primum argumentum ex *d. Conſt. 23.* & ejus generalitate, à prohibita oppignoratione ad prohibitionem reſervatæ hypothecæ, quod ſicuti nemo ſine licentia judicis hypothecam in bonis mobilibus conſtituere poteſt, ſc. ut omnes effectus habeat, ita nec hoc liceat fieri per pactum in contractu emtionis venditionis. Quam conſequentiam ulterius probare tentant ex *l. 1. §. fin. ff. de rebus eorum qui ſub &c.* quaſi reſpiciendum ſit ad tempus dominii acquiſiti, & quicquid tunc requiritur, antea quoque obſervandum, ſeu, quicquid juris in oppignoratione, illud quoque in reſervatione hypothecæ. IIdum argum. eſt deſumtum à ratione prohibitæ oppignorationis, ne ſc. re pluribus obligata creditores decipiantur *v. d. Conſt. 23.* quam etiam in noſtro caſu, ſi rem venditam alius, qui pretium nondum ſolutum eſſe ignorat, ſibi oppignorari curat, & hinc eandem juris diſpoſitionem adeſſe ajunt; maxime cum favor tertii, iſtius nempe creditoris concurrat, cui renunciare vel aliquid detrahere contrahentes nequeant. III. Provocant ad obſervantiam & judicata. *Vid. BERLICH. & MOLLER. all. ll.*

§. XVI.

Pro negativa Contraria autem opinio à Dd. his firmatur rationibus. I. Quod quilibet poſſit contractui emtionis venditionis pactum adjicere, & hoc validum eſſe oporteat, etiamſi alias non valeat, hunc in finem, ut propter continentiam cum contractu hic ſubſiſtat, quia venditor

non

non vendidiſſet,niſi tali fuiſſet fretus conventione *per l. 8. & ult. C. de pact. inter emt. & vend. & l. 13. pr. ff. comm. præd.* Huic argumento affine eſt quando II. dicunt quod talis reſervatio pars ſit contractus,et ita una conventio. *vid. PINELLUS ad l. 1. C. de bon. matern. P. 3. n. 52.* emtio venditio autem rerum immobilium etiam ſine judiciali ſolennitate valeat. **Lr.** *L. 1. art. 34.* conf. Addit. Weichb. ſub rubr. **von kauffen und verkauffen** tit. **Was ein Mann kaufft 2c.** nec liceat unum contractum pro parte acceptare & pro parte repudiare. *vid. WESENB. Conſ. 232. n. 13.* III. quod venditor non niſi cum hac reſervatione fidem habuerit, & ſi hæc ſatisfactio corruet atque fides habita ceſſet, nec dominium in emtorem ſit translatum *a. §. venditæ. J. de Rer. div.* IV. quod *d. Conſt 23.* loquatur de debitore ſua bona oppignorante, & hæc juris ſtatutarii diſpoſitio, à jure communi devians, non ſit trahenda ad noſtrum caſum, ubi res emta antequam emtoris ſit, obligatur, & non niſi ſub hac conditione ad eum tranſit. V. Æque ac diſſentientes allegant, ſæpius ita à JCtis fuiſſe judicatum. *vid. CARPZ. c. l. def. 16. & L. IV. Reſp. 27. RICHTER. de Privileg. Cred. c. 2. m. 1. n. 41. PHILIPP. ad Dec. Elect. 63. n. 7. WESENB. P. 1. conſ. 93. RAUCHB. L. I. qv. 6. MARTIN. ad Ord. Proc. Sax. Tit. XLII. §. 2. n. 12.*

§. XVII.

Ex his diverſis opinionibus, quænam æquitati & juri convenientior ſit, facile, ni fallimur, dijudicandum eſt, ubi poſteriorem præferre non dubitamus. Videamus enim fontem, ex quo hæc reſervata hypotheca potiſſimum ſuum vigorem & vim habet. Verba *Ordin. Proc. Sax. Tit. 42. §. 2.* hæc ſunt: **Da auch einer etwas ver-** *Quænam opinio verior?*

 kaufft/

kaufft / und ihm alsbald bey ſolchen Kauff auff den Gute / ehe er es dem Käuffer tradiret und einräumet / ein beſtändiges Unterpfand wegen des hinterſtelligen Kauff-Geldes vorbehält / ſoll er ꝛc. Ubi LLator ſimpliciter loquitur, nulla mentione conſenſus judicialis facta, & requirit reſervationem fieri in continenti antequam res tradita, & dominium reſignatum eſt: notum autem eſt quod, ſicuti nulla lege exigitur, contractum in judicio fieri, ita quoque nunquam fere in loco judicii contrahant, ſed perfecto jam contractu ad transferendum dominium iſte judici proponi & hoc reſignari ſoleat. Dum ergò lex ante traditionem judicialem reſervationem fieri ſuadet, extrajudicialem quoque validam eſſe ſimul affirmat. Amplius hoc colligi pooteſt ex verbis antea allegata mox ſubſequentibus: In Erwegung / daß der Schuldner ſolch Gut bald anfangs mit dem Onere und Beding überkommen / daß es dem Verkäuffer verpfändet ſeyn ſolte ꝛc. in quibus fundamentum antecedentis deciſionis ſubminiſtrat & id ponit 1) in conditione & lege contractui à venditore adjecta, ſub qua ad emtorem res tranſit, ita ut nec momento fuerit ſimpliciter dominus. *conf. l. 2. ff. & rebus eorum qui &c. JOSEPH. de SESSE Deciſ. Regni Arragon. LXXII. n. 12.* 2) quod emtoris creditores in bona ejus potius jus non habeant quam ipſe debitor. Simul ac autem 3) iſtam ante judicialem traditionem reſervatam hypothecam dicit onus, eo ipſo concedit hoc etiàm antea rem afficere & ei inhærere: ex quo ulterius ſequitur quod non in judiciali demum traditione vires ſuas conſequatur iſta reſervatio. Proinde tam quoad emtorem & ejus heredes quam quoad ipſius creditores & alios poſſeſſores

res

res nullus judicis conſenſus requiritur. Cùm enim ipſe debitor ſua bona extra judicialiter in Saxonia oppignorans & ejus heredes nil contra eam hypothecam excipere poſſint *v. d. Conſt. Elect. 23.* multo magis h. l. valide tenebuntur, ut omnis dolus evitetur & ſola bona fides obſervetur. *vid. l. 1. §. 1. ff. de act. emti.* Reliquos autem obligari exinde conſtat, quod onera realia ad omnes tranſeant. Magis noſtræ aſſertionis veritas in lucem prodibit, ſi tam diſſentientium rationes, quam eas, quibus noſtras refellere ſtudent, diſcutiemus.

§. XVIII.

Defenſio rationum pro negativa

Quoad Imam noſtræ ſententiæ rationem concedunt, liberum cuique eſſe, ut res ſuas quibus cunque libuerit conditionibus vendat, ſed negant id fieri poſſe absque ſolennitate legali, ſicuti cuique liberum eſt arbitriũ de rebus ſuis per ultimam voluntatem diſponendi & tamen ſolennitate hac indiget. Verũ enim vero quam fallax hæc à teſtamento ad emtionis venditionis contractum ſit argumentatio, in aprico eſt, non ſolum quia in ultimis voluntatibus major fraus, ne adulterinæ ſint, metuenda, quam in noſtro caſu, ubi ipſi contrahentes ab utraque parte in hanc reſervationem conſentiunt; ſed etiam quia ibi adeſt diſpoſitio legis, quod neglecta ſolennitate teſtamentum corruere debeat, nullibi autem reſervationem ſine judicis licentia fieri prohibitum reperitur. Et dum hanc reſervationem dicunt conditionem venditionis, quid aliud affirmant, quam quod ſi illa non ſubſiſtat, nec hæc ad effectum pervenire queat *a. l. 31. ff. de O. & A. j. l. 38. §. 1. ff. de A. vel A. P.* id quod tamen negant, convicti axiomate juris, quod ſemper conventio aliquid operari debeat & pro ea defenden-

da.

da, juris interpretatio ſit facienda. Inſuper in hoc caſu id quod alias ſtricti juris eſt, non eſſe attendendum apparet ex *al. l. 13. ff. comm. præd.* nec ad rem facit, num ſtricto jure pacta invalida alias dicantur ex prohibitione juris gentium, an vero ex prohibitione Juris Civilis, etiamſi ponamus cum *BERLICHIO c. l.* facilius contra iſtam veniri, id quod tamen ſimpliciter concedere merito dubitamus: ſufficit enim etiam contra hanc, quamvis difficilius, veniri poſſe. Accedit, quod lex aliud ſuadeat.

§. XIX.

IIdam rationem negant, duos contractus, unum principalem & alterum acceſſorium, & illum absque hoc ſubſiſtere poſſe, ſtatuentes, quem in finem allegant *l. 7. §. 5. & 6. ff. de pactis* & *l. 1. §. fin. ff. de rebus eorum.* Cum autem conſenſus venditoris tunc ſit reſtrictus ad iſtam modificationem, & pacta, quæ legem dant contractui, huic ineſſe dicantur *d. §. 5. l. 7. ff. de pactis* non video cur non hoc loco unum tantum contractum individuum adeſſe dicendum ſit. Textus obſtantes nil contra nos probant *l. 7.* enim tantum dicit contractum vel ex toto vel ex parte pacto mutari poſſe, hæc mutatio autem novam exigit conventionem. Et ex *l. 1.* tanquam jure ſingulari, contra juris regulas *v. l. 2. ff. eod.* nullum argumentum ad alios caſus valet, prout eleganter id deducit, & *l. 1.* iniquitatem oſtendit *PINELLUS d. l.* quam tantam reputavit *MATIENSIUS L. 2. tit. 3. lib. 5. recop. gloſſa. 1. n. 17.* ut dixerit, ſe contrarium judicaturum in Regno Caſtellæ, quia ibi textus juris Civilis non ut leges ſed ut reſponſa prudentum, quatenus morali & æqua ratione ducuntur, ſervarentur. *vid. NON. ACOSTA de Priv. Cred. Reg. 2. ampl. 4. n. 6.*

§. XX.

§. XXI.

Ad IIItiam nil amplius regerunt. IVto argumento objiciunt, ſtatuta quoq; eſſe extendenda, ubi ratio diſpoſitionis eſt expreſſa, hoc autem in *Conſt. 23.* factum eſſe. Reſp. Hoc non procedit contra jus commune & fortiorem juris rationem, qualem pro venditore militare ipſa jura agnoſcunt, quod non niſi cum onere emtor rem acceperit *v. l. 2. ORD. PROC. SAX. e. l.* Et ita adhuc ſalvæ ſunt rationes & fundamenta opinionis negativæ,

§. XXI.

Contrariorum argumentorum debilitas mox patebit. Ad Imum enim negatur conſequentia ab oppignoratione bonorum debitoris ad reſervationem hypothecæ in re vendita, & ejus probatio ex *d. l. 1.* deſumta eſt nimis ſubtilis, nec ſecundum ea, quæ ſæpius dicta ſunt, procedit in omnibus caſibus. Ita quoad II, diverſa ſubeſt ratio. *MOLLERUS* equidem *c. l. n. 11.* eandem ſtatuit, ita loquens. *Taceo quod ſi contraria opinio admitteretur, futurum eſſet, ut non pauci in his terris deciperentur. Cum enim non rarum ſit, ut bona immobilia hoc pacto vendantur & tradantur, ut integrum pretium, tanquam pecuniam creditam ſub uſuris emtor penes ſe ad tempus conventum retineat, bona autem eadem pro pretio venditor interim ex inſtrumento contractus obligata ſibi habeat, non eſſet profecto difficile emptori & poſſeſſori, illa ipſa bona aliis quoque priorem hypothecam extra judicium contractam ignorantibus, in judicio poſtea, tanquam à nexu pignoris prorſus libera, obligare, & ſic creditores ſimul & judices ipſos circumvenire.* Verum enim vero quis non videt, eâdem facilitate lædi poſſe alium creditorem, etiamſi judicialiter facta ſit reſervatio, ſi inſtrumentum contractus vel acta judicialia non inſpicit, & eodem modo eum ſecure agere,

C ſi

ſi privatum inſtrumentum emtionis & quietantias ſuper pretio ſoluto ſibi edi curat, cum nunquā fere venditio rerum immobilium, niſi ſint viliores, celebretur, quæ non in ſcripturā redigatur, nec facile emtor, etiam ruſticus, ſine judiciali quietantia & abdicatione ohne Quittung und Verzicht/pretium ſolvat. Imo ipſum venditorem adire & eum hâc de re interrogare poteſt, quod ſi enim hic jus ſuum reſervatum occultet, illo contra interrogantem ob præſumtionem doli uti non poterit. Et caſus ſunt plane diverſi, atque ex parte venditoris accedit, contraria ratio æquitatis: Hinc eandem, ſolam, & adæquatam rationem adeſſe recte negamus, ut taceam, quod itenditas rationis nil operetur in ſingularibus contra jus commune, maxime in odioſis, & ubi contrarium juris argumentum obſtat, *vid ſupra* §. 17. Omne omnino dubium ceſſaret, ſi Ordinatio *Proc. Saxon. Anno* 1699. noviter compilata, publicata eſſet, ibi enim tit. XLI. in prima claſſe ſub n. 3. ita dicitur: Das rückſtändige Kauff-geldt/es ſey gleich An- oder Tagezeit Gelder / wenn deswegen der Verkäuffer beym Kauff ihm nur die hypothec oder das Eigenthumb an den verkaufften Stück vor oder auch auſſer Gericht vorbehalten.

§. XXII.

Supereſt Tertium ab exemplo deductum. Aſt unicum ab omnibus allegatur, quod ſi recte conſideramus, deprehendimus illud tantum conſiſtere in nuda deliberatione JCtorum, ita enim *MOLLERUS ad d. Conſt. 23. n. 5. Sed his omnibus non obſtantibus in propoſita quæſtione contrarium verius puto, & ita in curiali judicio Lipſienſi me præſente concluſum ſcio, in cauſa creditorum Petri Verken. Cum enim unus ex illis prædium quoddam ſuum Petro Verçken vendidiſſet, reſervata ſibi hypotheca pro reſiduo pretio in inſtrumen-*

mento venditiones, ex eoque ſub ſigillo publico Judicii ejus loci, in quo prædium ſitum erat, producto, Domini Aſſeſſores Judicii Curialis intelligerent contractum totum venditionis, & ſic hypothecam quoque in eo conſtitutam, judici fuiſſe inſinuatum, unanimi conſenſu concluſerunt, venditorem in revenditâ reliquis creditoribus præferendum eſſe; aliàs autem, ſi illa ſolennitas judicialis non interveniſſet, hypothecam illi, quod non ſolvendo eſſet debitor, aut difficulter ſaltem exigi poſſet, haud quaquam profuturam putabant. Obtinet hîc, ſalvo iſtius Curiæ reſpectu, quod *HARTM. PISTOR. L. IV. qv. 25. n. 17.* monet, in judiciis, in quibus plenius deliberandi ſpatium non ſupereſt, multa obiter tractari. Et ab eo allegatus *FAB. de MONTE in Tr. de emt. vend.* dicit: ideo ſæpe errari; notum enim eſt, quam multæ cauſæ brevi temporis ſpatio 4. ſc. vel 5. dierum, in dicta curia deciduntur. Cumque noſtræ opinioni accedant JCti Wittebergenſes & Jenenſes nec non Domini Scabini Lipſienſes, varios caſus in terminis ita decidentes, *v. Dd. §. 16. citatos*, illa omnino verior eſt præſumenda, quia verius & magis integrum eſt judicium, quod multorum, quam quod unius aut alterius ſententia comprobatur, & opinionum varietate ſtante ea eſt ſequenda, quæ magis æquitati convenit, & à rigore diſcedit. *v. BARBOSÆ Axiom. L. XIII. c. 28. ax. 1. & 4. conf. Excell. Domini THOMASII. Diſſ. de Jure Conſuetudinis & Obſervantiæ.*

§. XXIII.

In feudis an Domini conſenſus ſit neceſſarius.

Nunc ad feuda tranſimus, ubi quæſtio movetur, an Domini vel agnatorum conſenſus ſit neceſſarius ad hanc reſervationem? Quoad ipſum dominum feudi & quatenus ejus ſubeſt præjudicium, num ſc. feudo ad eum devoluto iſtud pretium reſiduum ſolvere teneatur, & absque ejus conſenſu, ſi emtor pretium non ſolvat, ad

Affirmatur quatenus ejus [ext]ra judicium [s]ub eſt. pignoris diſtractionem perveniri poſſit &c. domini conſenſum omnino requirimus, quamvis id neget *BERLICHIUS P. I. concl. 64.* Siquidem natura feudi hæc eſt ut vaſallus domino nocere, & feudum onerare nullo modo queat, niſi ipſius conſenſus accedat, idque propter proprietatem apud eum remanentem *2. F. 8. v. VULTEJUS de Feudis L. I. c. 10. n. 43.* Jam autem domini jus, quod habet in feudo ante venditionem, illud, prout tunc eſt, afficit, ergo ipſi invito citra juris autoritatem adimi vel deterior reddi nequit. Nec conſenſum in alienationem datum, ad hanc reſervatam hypothecam extendere licet, quia iſte tantum reſpicit alienationem juris Vaſalli, non domini, & ideo de non cogitatis minime eſt accipiendus. *conf. ALVAROTTUS ad 2. F. 55. pr. n. 15.* imo alienationem, quæ hanc oppignorationem ſequeretur, diverſam eſſe à priori conſtat.

§. XXIV.

Qualis conſenſus? Aliud erit, ſi ipſi contractus emtionis venditionis in ſcripturam redactus, & pignus adjectum continens offertur, addita generali quæſtione, num in hanc alienationem conſentire velit, & ipſe quoque generaliter ſuum conſenſum declarat, etiamſi in inveſtitura nullam pignoris reſervati faciat mentionem: quia generalis conſenſus etiam comprehendit ea quæ expreſſe ſunt annexa, & tacitus quoque ſufficit. *vid. STRUVIUS in Synt. Jur. Feud. c. 13. aph. 2. n. 1. SIVENDEND. ad J. Ritt. Lucubr.* *Exceptiones.* *Feud. Diſſ. 13. §. 14.* Ita quoque nec in feudis mere hereditariis & alienabilibus neceſſarius erit. *add. 2. F. 48. v. Illuſtr. Dominus STRYKIUS in Exam. Feud. c. IV. qv. 53.* item in fructibus feudi perceptis, quippe qui habent naturam allodii *SIVENDEND. c. l. §. 12. verb.* Fructus faciendi

ſuos.

Digitized by Google

ſuos. Item in feudo domino vendito cum tali clauſula *conf. VULT. d. l. n. 43. circa finem.*

§. XXV.

Conſenſum autem agnatorum ſc. emtoris, (nam ad agnatos venditoris, poſtquam in alienationem conſenſerunt, nil amplius ſpectat) hîc excludimus, quia non niſi, quoties ipſorum intereſt, requiritur; & ideo etiam quoad ipſos & alios impune negligitur & nihilominus ipſe emtor ejusque heredes *conf. STRYKII Exam. J. F. c. XIX. qv. 2. & 9.* & agnati iſtud debitum ſolvere tenentur, atque æque ac alii poſſeſſores actione hypothecaria ad tradendam creditori poſſeſſionem conveniri poſſunt, emtoris quoque creditores hypothecarii venditori erunt poſtponendi. *conf. CARPZ. L. IV. reſp. 28. BERLICH. c. l.* *Agnatorum conſenſus non requiritus*

§. XXVI.

Illud adhuc dubium reſtat, num quoad hos effectus Domini conſenſus neceſſario adhiberi debeat? Negatur. Quamvis enim *CARPZ. P. 2. C. 23. def. 18.* conſenſum domini absque diſtinctione caſuum requirat. *Conſ. RICHT. Tr. d. Privileg. Cred. cap. IV. Eccl. 2. n. 263.* ex ea ratione, quod ille ſit de ſubſtantia oppignorationis, cui rationi aliam addit *HARTM. PISTOR L. I. qv. 31.* ex ſæpius citata *l. 1.* deſumtam: attamen oppignorationem ſimplicem ſeu ordinariam, á Vaſallo feudum jam ſuo nomine poſſidente factam, à noſtra reſervata hypotheca etiam in feudo differre, nec ab una ad alteram concludendum eſſe, ipſe *CARPZOVIUS* confitetur *L. IV. Reſp. 28.* dum ibi oppignorationem feudi ſine conſenſu agnatorum, vel ſimultaneé inveſtitorum non valere affirmat illud autem in noſtro caſu tanquam ſpeciali non procedere dicit, & hinc quamvis oppignoratio feudi ſine conſenſu Domini non conſiſtat. *2. F. 55.* nihilominus *Num Domini conſenſus adeſſe debeat quoad emtorem, agnatos & tertium poſſeſſorem atque creditores.*

 minus

Digitized by Google

minus hæc reſervata hypotheca erit valida, & iſta legis diſpoſitio adhunc ſpecialem caſum minimè trahenda. Ratio quoque, cur domini conſenſus aliàs eſt neceſſarius, ne ſcilicet ipſi noceatur, h. l. ceſſat, ita ut ſalvo jure domini emtor vel ejus ſucceſſor actione hypothecaria à venditore conveniri poſſit, ad conſequendam feudi poſſeſſionem, donec ipſi ex fructibus vel aliunde ſatisfiat. Ipſa vero diſtractio pignoris invito domino fieri nequit, niſi alii creditores, quibus feudum cum conſenſu domini oppignoratum eſt, illam urgeant, ubi domino non nocebit, quisnam ex creditoribus alteri præferatur. *conf. ORD. PROC. SAX. tit. 45.* §. desgleichen ꝛc. Ipſi creditores autem vel generalem anteriorem vel ſpecialem poſteriorem, cum conſenſu domini impetratam hypothecam habentes plus juris in feudo habere non poſſunt, quam ipſe emtor habuit *a. l. 3. ff. de pign.*

§. XXVII.

Num reſervatio poſt traditionem fieri poſſit?

Progredimur ad quæſtionem, quando & num ante vel poſt traditionem, vel in ipſo traditionis actu reſervatio fieri queat? In eo fere omnes Dd. conſentiunt, quod poſt translationem dominii factam pignus in præjudicium creditorum anteriorum reſervari nequeat, quia hi mox translato dominio jus quæſitum in re habent, cui nec venditor nec emtor aliquid detrahere poterit. Nec videndum quomodo contrarium poſſit ſtatuere *STRACH. Tr. de Decoct. P. ult. n. 6.* in eo caſu, quo poſt traditionem demum inſtrumentum emtionis venditionis conficitur cum clauſula reſervatæ hypothecæ, uti eum allegat ab eo diſſentiens *BERLICH. P. I. Concl. 64. n. 42. conf. §. 7. ſupra* niſi ponamus, ad ſubſtantiam contractus vi conventionis ſcripturam requiri, vel ante contractum perfectum ſpe futuræ venditionis bey währen-

den

Digitized by Google

den Tractaten traditionem nudam eſſe factam, tunc enim dominium nondum eſt translatum, cum ſine animo illud transferendi, & titulo habili non tranſeat. Non ſolum autem hæc procedunt quoad creditores anteriores, ſed etiam poſteriores meliorem hypothecam, publicam ſc. vel in Saxonia judicialem habentes. Nec tertius poſſeſſor ibi actione hypothecaria tenebitur, niſi judicialis conſenſus acceſſerit, & quicquid alias ad oppignorationem requiritur, *h. l.* quoque erit neceſſarium; omnes enim rationes, quas ſupra ad ſuſtinendam extrajudicialem reſervationem adduximus, ceſſant, & imputet ſibi venditor quod non melius ſibi proſpexerit. *v. l. 203. ff. de R. J. & l. 2. C. de Pactis. ORD. Proc. Magdeb. d. l.* expreſſe ita loquitur: Welcher auff ſeinen verkaufften Guthe es ſey Lehn oder Erbe / ehe er dem Käuffer deſſen Eigenthumb und Lehn Gerichtlich übereignet und aufgelaſſen / ihm ein beſtändiges Unterpfand wegen des hinterſtelligen Kauff-Geldes / oder die poſſeſſ und den Eigenthumb gar daran / ſo fort Anfangs des Contracts, vorbehalten / ꝛc. & *ORD. Proceſſ. Sax. c. l.* ita habet: und ihm alsbald bey ſolchen Käuffe auff den Guthe / ehe ers dem Käuffer tradiret und einräumet ꝛc. proinde quoad jus noſtrum Magdeburgicum & Saxonicum nullum dubium remanet, & dum hoc æque ac illud dominium non niſi per judicialem abdicationem transferri permittit, in aprico quoque erit ſub traditione in *ORD. Proc. Sax.* intelligi non privatam atque nudam ſed judicialem iſtam reſignationem.

§. XXVIII.

Verùm quando Dd. hanc reſervationem vel ante traditionem, vel in ipſo traditionis actu recte fieri dicunt, vid. *Illuſtr. Dn. STRYKIUS de C. C. Sect. III. c. 9. §. 24.* *Num ante traditionem & in ipſo tra-*

MAR-

ditionis actu? MARTINI *ad Ord. Pr. Sax. Tit. XLII.* §. 2. *n.* 5. BERLICH. *P.* I. *Concl.* 64. *n.* 40. PHILIPP. *ad Dec. Elect.* 63. *n.* 5. RICHT. *de Privil. Credit.* C. II. *m.* 1. *n.* 42. ZIEGL. *ad d. ord. verb.* ehe ers dem Käuffer *tradi*ret. poſterius adhuc dubium videtur, quoad jus prælationis quo alias anterioribus hypothecariis emtoris præfertur, ſi longe ante traditionis actum contractus fuerit perfectus, & de pretio fides ſimpliciter habita. Ex hac ratione, quod eo caſu res vendita mox poſt pure contractam & perfectam emtionem emtori debeatur, & eo ipſo in ejus bonis ſit, atque ſicuti poſtea oppignorari poteſt ita quoque ſub priori hypotheca generali comprehendatur & eâ afficiatur, & ex inde creditorum juri quæſito nil detrahi, nec hæc reſervatio pars contractus & fides ſub conditione habita dici queat niſi emtor & venditor initio vel in fine contractus vel mox poſt contractum de pignore conveniant. Et in *ORD. Proceſſ. Sax.* dicitur alsbald bey ſolchen Kauff/ ubi dictio, als bald/æqui pollens latino vocabulo, *incontinenti*, videtur ſignificare in ingreſſu contractus, vel ante eum, vel ſtatim poſt, ſicuti alias in pactis contractui adjectis à JCtis in *l.* 7. *ff. de pactis. l.* 13. *C. eod. l.* 3. *C. de codil. edict. l.* 21. *C. d. uſuris* exponitur. *conf. Excell. Dn.* BODINI *Diſp. de eo quod fit in continenti Cap.* I. quam explicationem aliquatenus confirmare videtur ſubſequens particula, bey. Majus adhuc dubium ex *ORD. Proc. Magd. d.* §. 3. ſumi poteſt propter verba: ſo fort anfangs des Contracts.

Rationes dubitandi

§. XXIX.

Rationes decidendi

Nihilominus quia hypotheca nuda conventione conſtitui poteſt & h. l. juxta *l.* 2. *ff. de rebus eorum.* ſuam vim & prælationem exinde maxime habet, quod cum dominio pignus ſimul ſit quæſitum h. e. emtor aliter non

Digitized by Google

non fiat dominus, quam quod venditor ſimul habeat pignus, & ita magis ad translationem dominii quam ipſum contractum ſit reſpiciendum, haud abſurdum eſt, quod venditor, qui pro pretio reſiduo rem venditã quaſi pignus retinere poteſt, & jure dominii, quamdiu illud penes eum eſt, aliis creditoribus præfertur, imo rem ipſam vindicare poteſt, in ipſa dominii translatione ab hoc privilegio ſub conditione reſervatæ hypothecæ recedens, hac ſibi proſpiciat & fruatur. Hinc in ipſo traditionis actu hypothecam valide retineri ſtatuimus. Nec oppignoratio rei alienæ, quamvis oppignoranti debeatur, in præjudicium prioris domini amplius valebit, quam quatenus oppignorans poſtea dominus fuit factus. Et quia dictio, *in continenti*, varias habet interpretationes, ideo ſemper pro ſubſtrata materia erit accipienda vid. *Excell. Dn. BODINVS d. l. & BARBOS. Axiom. L. IX. c. 49. axiom. 1.* noſtramque explicationem ipſa lex verbis mox ſubſequentibus **ehe ers dem Käuffer tradiret**, ſuppeditavit. Quod vero attinet *Ord. Magd.* notandum eſt, ibi duos haberi caſus, quorum unus continet reſervationem hypothecæ, alter reſervationem poſſeſſionis & dominii: ad hunc pertinent verba, **ſo fort anfangs des contracts/** prior autem verbis antecedentibus, **ehe er dem Käuffer deſſen Eigenthumb und Lehn gerichtlich übereignet und auffgelaſſen ihm ein beſtändiges Unterpfand wegen des hinterſtelligen Kauff-Geldes vorbehalten /** exprimitur. Id quod non ſolum particula disjunctiva ſubſequens, **oder/** ſed & §. 2. antecedens ſuadet, ubi dicitur, quod ſi res vendita absque reſervatione tradatur, jus prælationis ceſſet: ergo, argumento à contrario deſumto, traditio cum reſervatione facta prærogativam operatur. Et dum in §. 5. voca-

D bu-

bulo, *Dominium*, opponuntur verba bey dem Kauffe/ atque dictioni, *Hypothec*, vocabulum, *tradition*, reſpondet, ad duos caſus §. 3. reſpicitur.

§. XXX.

Quibusnam verbis?

Cæterum ſicuti hypotheca verbis generalibus, indefinitis, & impropriis conſtituitur *l.3. §.fin. ff. qui pot. in pign. NEGUS. P. III. m. 1. n. 3. ſeq. MERLIN. Dec. 50. n. 19. & 20.* ita h. l. ejusmodi verba ſufficiunt e. g. es ſollen 1000. Gülden auffm Hauſe ſtehen bleiben. Item: er habe ferner nichts an dem Hauſe als 100. Gülden rückſtändiges Kauffgeld zu prætendiren/ nec præciſe reſervationis & hypothecæ mentio fieri debet. Et ita accipiendi ſunt Dd. quando dicunt, quod venditor de *expreſſa hypotheca* ſibi proſpicere & *nominatim* eam *reſervare* debeat. *MARTIN. c. l. n. 6. PHILIPP. ad Dec. 63. pr.* Num autem verbis oreprolatis, an vero Scriptura fiat pignoris reſervatio, nil intereſt.

§. XXXI.

Reſervatio hæc probat fidem eſſe habitam & dominium translatum

Videamus nunc quid operetur? Multum refert, an res vendita emtoris facta, an vero in dominio venditoris manſerit, ſæpiusque de eo lis movetur, quia non conſtat, num fides de pretio habita nec ne. Quod ſi igitur venditor rem tradiderit, & in ſecuritatem pretii hypothecam reſervaverit, fidem eſſe habitam apparet, & dominium translatum, unde venditori rei vindicationem eſſe denegandam, & ita judicatum recte aſſerit *MEVIUS. P. IV. Dec. 280.* conf. *Illuſtr. Dominus STRYKIUS de C. C. S. II. c. 9.* §. 24. Et magis certum eſt, quod periculum rei venditæ & oppignoratæ ad emtorem ſpectet. *a. l. 21. §. 2. ff. de pign. l. 6. & 9. C. de pign. act.* conf. Magdeburgiſche Policey-Ordn. *cap. XXII.* §. 4. *MUDÆUS de Pign. & Hyp.* ſub rubr. *de Vi & Effectu Pign. & Hypoth.*

§. XXXII.

Digitized by Google

§. XXXII.

Ulterius hæc reſervatio producit jus reale pignoris *a. l. 5. §. 8. 17. & 18. ff. d. trib. act. & l. 7. C. qui potiores. l. 2. ff. de rebus eorum qui ſub tut.* Ratio enim quæ in *d. l. 2.* objicitur *l. 1. §. fin.* ſc. quod cum dominio pignus quæratur, generalis eſt, & in minore tantum limitata. Afficit autem ſpecialiter rem venditam, & ejus acceſſiones; *l. 1. §. 2. l. 13. l. 26. §. 1. ff. de pign. l. 3. C. in quibus cauſis pign. MEVIUS P. VIII. dec. 214. BRUNNEM. ad. l. 16. ff. de pign.* quare in ſolo vendito, & venditori oppignorato, exſtructa domus eidem quoque eſt obligata *v. l. 16. §. 2. ff. de pign. & hyp. BALDUIN. de eadem materia Cap. X. HOFFMANN. de Jure rerum individ. C. III. ſect. 3. aph. 3.* E contrario reliqua bona non afficit, & quamvis expreſſa conventione in iis hypotheca conſtitui queat in majorem ſecuritatem pretii reſidui, id tamen cum ſolennitate legali h. e. conſenſu judicis in re immobili jure Sax. fieri debet, nec idem jus prælationis venditori competit, nec pacto contrahentium hoc effici poteſt. Hinc cum quidam venditor à re vendita recederet, & aliam rem ſubſtitui ac in eam hypothecam antea in re vendita reſervatam judicialiter transferri curaret, nullam habebat prioritatem, quam à die iſtius judicialiter factæ oppignorationis, ex Sententia Dominorum Scab. Lipſ. M. Jan. 1695. in Hentzſchelischen Concurs zu Grimma. *Operatur jus hypothecæ in re vendita & ejus acceſſionibus.*

§. XXXIII.

Qnum autem juxta *l. 27. ff. de noxal. act.* pignus nullum ſit, h. e. inutile, cujus perſecutio negatur, nec ſine judicis autoritate poſſeſſionem pignori adipiſci liceat *l. 3. C. de pign.* hinc venditori quoque concedenda ſunt remedia, quibus jus ſuum perſequi poſſit. Competit ei ex hoc jure reali utile interdictum Salvianum *vid. MER-* *Hinc naſcitur interdictum Salvianum utile & actio hypothecaria*

LIN. ad Tr. de Pign. & Hyp. Dec. S. Rot. Rom. 72. n. 8. et actio hypothecaria ſ. quaſi Serviana *§. 7. J. de Act.* Quatenus illud obtineat, & quando id eligere ſit conſultius *vid. Illuſtr. Dn. STRYK. de J.A.F. Sect. II. m. 5. §. 5.* hanc autem non ſolum ipſe venditor, ſed etiam ejus ſucceſſor univerſalis æque ac ſingularis *a. l. fin. C. de hered. & act. vend.* tam contra moroſum emtorem, rem venditam poſſidentem, quam adverſus tertium poſſeſſorem, *l. 13. §. 3. & l. 16. §. 3. ff. de pign. & hyp.* recte inſtituit, etiam ſi ille nondum ſit excuſſus *l. 14. C. eod. & Nov. 112.* conf. *STRYK. c. l. BERLICH. P. 2. C. 24. n. 67. CARPZ. P. 2. C. 18. d. 18. & L. II. Reſp. 72. SCHNEIDEW. ad §. 6. J. de action.* Contrarium tamen Juri Saxonico Electorali magis convenit propter *ORD. PROC. SAX. Tit. XLIV.* §. Denn obwohl verba enim ibi ita ſe habent ut de prædio ſpecialiter oppignorato ſint accipienda, licet obſervantia diſcrepet.

§ XXXIV.

Et venditor conſequitur poſſeſſionem.

Hiſce remediis venditor conſequitur rei venditæ poſſeſſionem, *vid. l. 66. ff. de Evict. l. 10. ff. de pign.* Qualis hæc ſit & quænam commoda ex ea ad creditorem perveniant, de eo vid. *BALDUIN. d. Tr. C. 15.* & ex his non ultimum locum occupat jus retentionis propter alia debita venditori competens *a. l. un. C. Etiam ob Chirogr. deb.* Tandem ad ipſam rei venditæ & oppignoratæ diſtractionem fit progreſſus. Quomodo hîc ſit procedendum, id exhibent *Dd. ad Tit. ff. & C. de diſtr. pign.* & de Jure Sax. *conf. Excell. Dn. MENCK. Tr. Synopt. Pand. eod. tit.* vide tamen quæ de feudo ſupra §. 26. dicta ſunt.

§. XXXV.

Præter hypothecam habet jus

Ut plurimum tunc fit concurſus creditorum, ubi venditor novum commodum ex ſua reſervatione ſen-

Digitized by Google

prælationis vi hujus hypotheca. Fundamentum prærogativæ.

ſentit, ſc. jus ſingulare prælationis quod ipſi ſine hoc pacto non competit. Fundamentum hujus prærogativæ ex antea dictis patet. Venditor ſc. in tali caſu vel non vendidiſſet niſi ei, qui paratam ſolviſſet pecuniam, vel fidem non habuiſſet, niſi hac reſervata hypotheca fretus, & ita dominium ad emtorem non tranſiit niſi cum onere hypothecæ, dumque hæc rem afficit, antequam ad emtorem pervenit, hinc nec ipſe emtor nec alius ab eo plus juris habere poteſt, quam in ipſum eſt translatum: adeo, ut ſecundum ſtrictam juris rationem res vendita quatenus eam hypotheca afficit, in tributum h. e. diſtributionem venire non debeat, *a. l. 5. §. 8. 17. ff. de tribut. act. & l. 5. C. qui pot. in pign.* unde tali venditori quaſi jus ſeparationis tribuit *BRUNNEM. de Concurſ. Credit. c. V. §. 13.* Ex hiſce amplius fluit, quod nullus creditorum venditori præferri poſſit, niſi qui jus in re vendita ante hanc reſervationem habuit, vel ſingulari privilegio gaudet, vid. *ORD. PROCESS. SAX. d. l. ubi:* in Erwegung/daß der Schuldner ſolch Guth bald Anfangs mit dem Onere und Beding überkommen/daß es dem Verkäuffer verpfändet ſeyn ſolte / dahero auch kein anderer des Schuldners Gläubiger / vor dem Verkäuffer beſtändiger Weiſe einig Recht daran erlangen können. *Conf. NEGUS. P. V. m. 2. n. 18.*

§. XXXVI.

Quinque communiter claſſes creditorum faciunt Dd.

Ut autem eo melius conſtet, quo nam loco venditor ſit ponendus, repetere liceat V. claſſes creditores generales, (nam ſpecialiter claſſes dici ſolent ii numeri, quibus creditores certi concurſus in ſententia deſignationis inter ſe diſtingvuntur) ubi Dd. ad primam claſſem

 reſe-

Digitized by Google

referunt eos, qui ex dominio, vel utilitate publica, vel alia cauſa ſingulare jus prælationis habent ante omnes reliquas claſſes; ad ſecundam illos, quibus hypotheca cum perſonali privilegio competit, ad tertiam ſimplices hypothecarios, ad quartam perſonaliter tantum privilegiatos, & ad ultimam denique chirographarios ſ. ſimplices creditores. Et ſi aliquatenus tantum inquirimus in rationem & connexionem hujus ordinis cur hæc vel illa claſſis alteri anteferatur, mox ex antea dictis apparet, venditorem noſtrum in prima claſſe locum obtinere.

Ad primam pertinet hæc reſervata hypotheca

§. XXXVII.

Ratio hujus.

Inter ſimplices enim hypothecarios referri nequit venditor, quia præter hypothecam habet privilegium ut omnibus anteferatur. Nec ad ſecundam claſſem vocandus eſt, ipſius enim privilegium non eſt perſonale, quia, ſive mulier ſive alia perſona vendiderit, illud non habet, niſi reſervaverit hypothecam, ſed juri reali & cauſæ datum, atque hinc reale, & ad perſonam venditoris ejusq; conditionem non reſtrictum, quod perſonali omnino præferendum. In privilegiis enim concurrentibus videndum, cujus cauſa ſit potior; quis vero dubitabit venditoris cauſam eſſe potiorem, qui dominium ſuum non niſi cum hoc onere tradidit, nec rem vendidit, niſi hac reſervatione fretus? Talis eſt, qui de damno vitando ſ. jure amittendo certat, quum è contrario emtoris creditores jus in re emta ambientes agant de jure quærendo, & ita de lucro captando. Præterea, etiamſi de prærogativa realium privilegiorum contra quævis perſonalia affirmanda non eſſemus ſolliciti, hæc tamen cur illis præferri debeant, non videmus,

Quodſi

Digitized by Google

Quodſi vero utrumque in eorum concurſu tolleremus, quia privilegiatus contra æque privilegiatum ſuo privilegio non utitur, *vid. l. ult. ff. qui pot. in pign. & l. 12. C. eod. Nov. 91. c. 1.* venditoris hypotheca in re vendita prior eſſet omnino omnibus hypothecis ab emtore vel ejus ſucceſſore conſtitutis, aut eorum creditoribus à lege conceſſis. Imo hæ rem venditam, quatenus hâc reſervata hypothecâ onerata eſt, nunquam affecerunt, & hinc ſolum perſonale privilegium iſtam prærogativam haud poſſet operari. Merito igitur venditor ſecundæ claſſi, & per conſequentiam etiam ſequentibus præponitur, quam ſententiam confirmat *ORD. PROC. MAGD. & SAX. cc. ll.* Diſſentit *LAUTERBACHIUS ad Tit. ff. de privil. creditorum p. m. 587.* ubi tali venditori, & ei, qui ad rem emendam pecuniam mutuo dedit cum pacto pignoris, eandem tribuens prioritatem, utrumque inter perſonaliter privilegiatos ad ſecundam claſſem refert. Verum quæſtionem de caſu in *d. l. 7. C. qui potiores in pign.* expreſſo intactam relinquentes, urgemus non ſolum ea, quæ antea diximus, ſed etiam notoriam differentiam inter hanc ab emtore conſtitutam & noſtram à venditore ante translationem dominii reſervatam hypothecam. Non enim eandem ſed majorem in hac eſſe rationem & cauſam prælationis apparet, dum hæc ipſam translationem & acquiſitionem dominii afficit, illa vero tantum rem acquiſitam: & alia conditio eſſe debet domini pignus ſibi reſervantis, antequam jus proprietatis cum hoc onere transfert in emtorem, & alia creditoris mutuantis in re à debitore emta, nullum jus in ea habentis. *Conſ. NONIUS ACOSTA d. Reg. 2. ampl. 4. n. 16.* Et huc

Opinio Lauterbachii refutatur

quo-

Digitized by Google

Num talis hypotheca præferatur anteriori doti? Affirmatur,

quoque pertinet quæſtio, an venditor vi hujus reſervatæ hypothecæ doti anteriori ſit præferendus, id quod negat *PARLADOR. Rerum quotid. L. I. c. 8. SALICET in l. 5. ff. qui potiores in pign. JASON in l. 29. ff. de R. C.* verùm rectè affirmat *NONIUS ACOSTA c. l.*

§. XXXVIII.

Quisnam in prima claſſe ei præponatur?

Num ſumtus in utilitatem concurſus facti?

Hic non ſubſiſtendum eſt, ſed quia in prima claſſe plures creditores concurrunt, de eorum prærogativa reſpectu venditoris noſtri ſolliciti eſſe debemus. Ut de iis taceam qui rem apud debitorem exiſtentem vindicare poſſunt, prima quæſtio ſit de ſumtibus in communem utilitatem omnium creditorum neceſſario factis, num hi præferantur? Hos ante omnia deducendos & poſtea demum bonorum calculum faciendum eſſe, arguit *l. 4. §. 1. ff. fin. regund. l. 22. C. d. jure de lib.* & eum, qui ſumtus neceſſario fecit, ſemper præcedere jubet *l. 8. ff. de poſiti.* maxime quoad expenſas judiciales ob proceſſum concurſus faciendas *conf. ORD. PROC. MAGD. c. XLIX.* Et quotidiana obſervantia, etiam in Saxonia, teſtatur, ut hi ſumtus in ſententia deſignationis mox primo loco ponantur, prout in caſu, ubi durante concurſus proceſſu frumentum ſeminarium quis ſubminiſtraverat, judicabatur à Dominis Scabinis Lipſ. M. Aug. 1702. in Hanß Franckens Concurs an den Amtmann zu Wieſenburg. Ita tamen hi ſumtus prærogativam habent, ut, quando bona debitoris ad ſatisfaciendum omnibus creditoribno n ſufficiunt, non ante diſtributionem toti maſſæ, ſed iſtâ facta iis tantum detrahantur, quibus ſatisfit, quæ limitatio ipſi quoque ſententiæ deſigna-

gnationis hoc modo inſeritur: Dafern aber des Schuldners Vermögen zu aller Gläubiger Befriedigung nicht zureicht/ werden ſolche (ſc. die den Concurs zum beſten auffgewandte Unkoſten) nur denen jenigen / ſo ihre Bezahlung erlangen/pro rata gekürtzet. *Conf. ORD. PROC. MAGD. d. l. §. 7.* Hinc cum nullibi, exceptionem venditori ex reſervata hypotheca competere, reperiatur, quoad ipſum hæc omnia procedere concludimus.

§. XXXIX

Præter hos ſumtus in prima claſſe locum habent impenſæ in funus debitoris factæ, quibus de Jure Civili prærogativam concedere non dubitamus *a. l. 20. l. 43. §. 1. & l. 45. ff. de religioſ. l. fin. C. d. jure delib. l. 1. §. fin. ad L. Falcidiam* licet enim hanc ex jure divino non deducamus cum *RODERICO in Tr. de Concurſu. P. 1. art. 3. n. 3.* utilitate publica tamen nititur, ne mortuorum cadavera maneant inſepulta, fœteant, aeremque corrumpant, nec non religione atque pietate, quibus omnibus privata autoritas & ſtricta juris ratio cedere debet, prout in harum impenſarum prælatione religionem ſummam eſſe rationem dicit Papinianus in *d. l. 43. §. 1. vid. l. 3. C. d. primipilo* conf. *MERLINUS d. Tr. L. IV. qv. 17. n. 15. NONIUS ACOSTA Reg. II. ampl. 1. VANDERANUS de Privil. Cred. cap. 1.* Aliud expreſſe diſponit, ſtrictam juris rationem, quod non niſi cum onere in bonis debitoris ſit, ſequens *ORD. PROCESS. MAGD. d. l. §. 12.* ubi ſumtus funeris non huic reſervato pignori tantum, ſed etiam aliis adhuc poſtponuntur. Et idem de Saxonia dicendum *vid. ORD. PROC. SAX. c. l. §.* Nächſt dieſen; quod enim creditores in prima claſſe poſiti ſecundum ordinem, quo in dicta Ordinatione recenſentur, ſibi invi-

Impenſæ funeris Jure Civili præferuntur.

Non de jure Magdeburgio

nec in Saxonia.

E cem

cem præferri debeant, docent Reſol. Grav. Tit. von Conſiſtorial-Sachen n. 5. hiſce: daß der Bezahlung halber die Ordnung / wie die Gläubiger in der neuen Gerichts-Ordnung der Reihe nach erzehlet werden / ins künfftige gehalten ꝛc. conf. BERLICH. P. 1. concl. 64.

§. XL.

Eandem differentiam Juris Civilis, Magdeburgici & Saxonici notare debemus circa quæſtionem, num fiſcus quoad tributa realia priorem locum obtineat? Hiſce reſervatam hypothecam Jure communi poſtponendam eſſe, recte aſſeritur, nam non perſonis ſed rebus indicuntur *l. 3. C. de annonis.* ita ut ipſa res ad ea præſtanda ſit obligata *l. 1. C. in quibus cauſis pign.* nec tam perſona quam ipſa res ob ceſſationem conveniatur juxta *l. 7. ff. de public. & vectig.* & ab eo, qui poſſidet, etiamſi ad reliquum aes alienum defuncti ſolvendum non ſit obligatus, petatur *l. 2. C. de annonis.* Imo in *l. 1. C. ſi propter publicas penſit.* dicitur, ob tributorum ceſſationem factam venditionem revocari non poſſe á creditore jus pignoris in iſta re prætendente, quia potior eſt cauſa tributorum, & his priore loco omnia bona ceſſantis ſunt obligata. Quid hæc lex aliud dicit, quam quod fiſcus ratione tributorum præponendus ſit omnibus hypothecariis etiam anterioribus? Nec obſtat, quod venditoris hypotheca aliis quoque etiam anterioribus præferatur *a. l. 5. C. qui potiores in pign.* & privilegiata ſit ob id, quod non niſi cum onere in bonis ſit, uti ſæpius dictum; Nam fiſco quoque non nuda hypotheca ſed jus prælationis ei cohærens competit, & ſi utriusque tam fiſci quam venditoris privilegium conſideramus, in hoc utilitatem privatam & ſtrictam juris rationem, in iſto

uti-

utilitatem publicam, quæ ſumma ratio eſt, deprehendimus privilegii cauſam, ex qua privilegia debent æſtimari juxta. *l. 32. ff. de rebus auct. jud.*

§. XLI.

A jure Civili autem recedit *ORD. PROC. MAGD.* quæ *Tit. XLIX.* *claſſ. 1.* poſtquam in §. 3. huic reſervationi prærogativam conceſſit, in §. 14. ſubſequenti tributis locum aſſignat. Et eodem modo in Saxonia venditor locum habet priorem, quam tributa, vid. *ORD. PROC. SAX. d. t. 42. conf. ſupra* §. ~~40~~. xl. dubiumque circa hanc theſin ortum, compoſuit Elector Saxoniæ *in Dec. LXIII.* diſtinguendo inter retarda, quæ ante vel poſt hypothecam excreverunt. Quævis enim debita, quæ non affecerunt, antequam venditor ſibi reſervavit hypothecam, prius ſolvenda erunt. *Conf. PHILIPP. ad d. Dec. Elect. 63. Obſ. 2. n. 16.* Nec obſtat, quod in *d. Ord.* venditor in ordine verborum prior ſit, & creditoribus ſecundum ordinem, quo recenſentur, ſatisfieri debeat, juxta ea quæ ſupra dicta ſunt: Pro noſtra enim opinione militat ſumma æquitas, & lex poſterior ita erit explicanda, ut abſurditas evitetur, quæ omnino adeſſet, ſi venditor in hoc ſolo, quod ejus hypotheca rem affecerit, antequam in emtoris bona tranſiit, fundamentum prælationis quærens, eandem rationem in aliis agnoſcere nollet. Hinc ad conciliandam antinomiam dicere liceat, quod Ordinatio Proceſſ. poſt eos, qui jure dominii rem apud debitorem exiſtentem vindicare poſſunt, ponat ordinem eorum, qui ex jure hypothecæ antea, quam debitor rem acquiſivit, competentis, emtoris creditoribus præferri debent, & ſicuti prior regula ita & hæc variis caſibus ſit illuſtrata, ideoque in uno ordine venditor

Non jure Magdeburgico

Nec in Saxonia

Digitized by Google

ditor ſibi hypotheam reſervans & is,qui anteriorem expreſſam hypothecam in eadem re habuit, comprehendantur. Huc quoque ſpectant ea,quæ in antecedentibus paſſim de prælatione venditori competente dicta ſunt.

§. XLII.

Num hoc jus prælationis ad uſuras extendendum?

Sed num venditor ex reſervata hypotheca jure prælationis gaudet tam quoad ſortem ſeu pretium,quam quoad uſurus? Affirmatur, ita ut uſura ſimul cum ſorte in una claſſe adjudicari debeant *vid. l. 18. ff. qui potiores in pign. & BRUNNEM. ad d. l. RICHTER. de Privileg. Cred. C. VII. n. 29. MOLLER. L. I. Sem. c. 28. CARPZ. P. 1. C. 28. def. 160.* nec diſtinguendum ſit,an bona ad ſatis faciendum omnibus creditoribus ſufficiant nec ne, *conf. PHILIPP. ad Dec. Elect. VIII. Obſ. 5. n. 13.* Diſſentit *RICHTER. c. l. n. 38.* Idem procedit in Saxonia Electorali juxta *ORD. PROC. SAX. Tit. 50.* §. denn wenn einer. Quamvis autem in hoc Ducatu Magdeburgico olim Jus civile obſervatum fuiſſe teſtetur *RICHTER. c. l. n. 36.* hodie tamen poſt *ORD. PROC. MAGD. de anno 1686. h. l.* intereſſe moræ diſtinguendum eſt ab uſuris, ita ut illud eadem, qua ſors prærogativa gaudeat, hæ verò in tertia demum claſſe locum obtineant *vid. Cap. 49. §. 4.*

§. XLIII.

Num ad venditoris heredes & ceſſionarium?

Porro ſicuti ſupra diximus, actionem hypothecariam competere non tantum ipſi venditori ſed etiam ejus ſucceſſioribus tam univerſalibus, quam ſingularibus; ita quoque nullum dubium eſt, quin in eos jus prælationis tranſeat,cum non ſit jus perſonale, ſed reale & hinc ad heredes tranſmiſſibile,quale quid regulariter cedi poteſt. *Conf. l. 13. qui pot. in pign. Illuſtr. Domini STRYKII Diſſert. de Jure non Ceſſibili. CODEX. FABR. L. VIII. tit. 9. def. 4.*

§. XLIV.

Debito ſoluto hypotheca

Quamvis autem ſoluto debito pignus perire neceſ-

ſum

Digitized by Google

ſum ſit,& parte debiti ſoluta,obligationis pars extinguatur; nihilominus,quandiu adhuc aliqua pretii pars reſidua eſt, tota res vendita manet obligata, ita ut emtore in reliquo ſolvendo moram faciente,venditor poſſit totam rem venditam pignoris jure vindicare,& retinere quoad usque totum ei pretium ſolvatur, imo rem diſtrahere *l. 6. C. de diſtr. pign. l. 9. §. 3. ff. de pign. act. l. 2. C. de debit. vend. pign. imped. non poſſe COD. FABR. L. W. Tit. 33. def. 6. HARTM. PISTOR. P. 3. qv. 12. n. 6. HOFFMANN. de Jure Rer. Indiv. Cap. III. Sect. 3. m. 9. ubi præj. CARPZ. P. II. conſt. 23. def. 31.* Id quod non de reſidua ſorte tantum, ſed etiam de uſuris nondum ſolutis accipi debet *d. l. 2. l. 11. §. 3. ff. de pign. act. MERLIN. de Pign. & Hyp. L. V. qv. 1. n. 16. qv. 2. n. 25.* quamprimum autem venditori ſolutione, compenſatione vel alio modo ſatisfactum eſt, hypotheca eſt ſublata *d. l. 9. & l. 4. ff. qui pot. in pign. l. 6. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* Hinc, ſi ponamus, filium patri vendidiſſe fundum cum reſervatione pignoris pro pretio reſiduo, & hoc nondum ſoluto patrem eſſe mortuum, atque filium ejus fieri heredem, confuſione tolletur debitum & hypotheca amplius non valebit. *l. 7. C. de pact. l. 22. l. 50. ff. de fidej. & mand.* niſi confecerit inventarium *l. 22. §. 9. C. de jure delib.* Item ſi creditorum ſit concurſus, nec bona ſufficiunt, filio adhuc ſalvum eſt debitum & jure prælationis gaudet *a. l. pen. §. 1. ff. de Except. rei jud. conf. BRUNNEM. ad d. l. MERLIN. L. V. qv. 16.*

exſpirat ſecus ſi n... ma ejus reſidua ... vel uſur.

Num co... ſione hyp... theca ha... latur?

§. XLV.

Renunciatione quoque pignus tolli in aprico aſt, non tantum expreſſa ſed etiam tacita, ubi jam remiſſionem pignoris præſumunt. Idem h. l. obtinet, quodſi ergo venditor conſentiat in aliam venditionem rei ſibi oppignoratæ jus hypothecæ & prælationis regulariter amittit *a. l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv. l. 2. C. de remiſſ. pign.* Aſt num conſentiens in oppignorationem tertio creditori faciendam ſui pignori renunciaſſe cenſendus eſt? Ante omnia hic juxta *l. 12. §. 4. ff. qui potiores in pign.* viden-

Num re... ciatione ... An con... endo in ... ditionem ... vel opp... rationem ... ſteriore.

dendum eſt, quid actum ſit: utrum ut diſcedatur ab hypotheca in totum, an ut ordo ſervetur, & prior creditor poſteriori loco conſtituatur; quoties autem de eo non conſtat, in dubio venditor jus ſuum remiſiſſe videtur *l. 9. & 12. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv. p. l. 2. C. de remiſſ. pign. HARTM. PISTOR. L. III. qv. 16.* & imputet ſibi, quod conſenſum ſuum absque reſtrictione dederit *a. l. 4. ff. quib. mod. l. 39. ff. de pactis.* Diſſentit *CARPZ. P. I. C. 28. def. 131.* ſtatuens, quod tantum alterius creditoris locum ſalvo jure hypothecæ occupet. Quæ ſententia in Saxonia Electorali quatenus obtineat, *vid. ORD. Proc. Sax. Tit. 46.* §. Es trägetſich.

§. XLVI.

Exſpirat rei interitu totali. Non partiali.

Interitu quoque rei venditæ totali jus venditoris reale & prælationis, quia rem venditam ſpecialiter afficit, perit. *l. 8. ff. quib. mod. pign. ſalv.* non ſi pars ejus ſalva manet. Hinc domo vendita combuſta, area manet obligata, & in nova re ædificata venditor pignus habet *vid. l. 29. ff. de pign. & hyp. HOFFM. c. l. n. 4. conf. CARPZ. P. 1. dec. 12.* ubi dicit; domo combuſta in cæmentis, ex quibus alio in loco domus fuit ædificata, hypothecam remanere.

§. XLVII.

Præſcriptione. Et verſione in mutuum jure Magd. jus prælationis.

Quæ tandem de præſcriptione dicere poſſem, de eo videantur *Dd. ad Tit. ff. d. pign. & Hyp.* Unicum ad huc notandum eſt ex *ORD. PROC. MAGD. d. l. §. 4.* quod venditor amittat jus prælationis, quando reſiduum pretium in mutuum mutat, ubi tamen hypotheca ipſi ſalva manebit, & ita in tertiam claſſem recedit. Finis eſto.

COROLLARIA.

I. Nulla Ceremonia conſenſu totius Eccleſiæ Evangelicæ recepta.

II. Nulla Ceremonia conſenſu totius Eccleſiæ Evangelicæ rejecta, ſed quælibet Eccleſia particularis pro arbitrio mutavit quod ad ſuperſtitionem magis, quam ad ædificationem pertinere videret.

III. Fruſtra ergo ſunt, qui hodie in mutandis Ceremoniis & ad meliorem Eccleſiæ ædificationem dirigendis Principis poteſtatem ad conſenſum totius Eccleſiæ adſtringunt.

IV. Una tamen occurrit Ceremonia, quam & Eccleſia Apoſtolica & Catholica usque ad reformationem Evangelicam ex parte ſervavit, Eccleſia vero Evangelica non per conſenſum unanimem, ſed per incuriam ſuſtulit, ſcilicet fractio panis in adminiſtratione Sacræ Cœnæ. Sane nullam Miſſam eſſe ſine fractione panis, jure Canonico certum eſt, quod totidem verbis urget Lutherus.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google